



**HAL**  
open science

## Droits de la défense au cours de la garde à vue : la réforme des juges et le projet de loi

Jean-François Dreuille

► **To cite this version:**

Jean-François Dreuille. Droits de la défense au cours de la garde à vue : la réforme des juges et le projet de loi. *L'IRASCible : Revue de l'Institut Rhône-Alpin de sciences criminelles*, 2011, Les lumières du droit pénal, p. 209 à 230. hal-01661146

**HAL Id: hal-01661146**

**<https://hal.science/hal-01661146>**

Submitted on 11 Dec 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Droits de la défense au cours de la garde à vue : la réforme des juges et le projet de loi.

Les droits de la défense, lors de la phase d'enquête, arrivent à maturité ; l'avocat peut enfin exercer son métier au cours de cette mesure privative de liberté, au bénéfice de la personne gardée à vue. Le principe sera bientôt gravé dans le marbre d'une réforme attendue et à n'en pas douter pérenne, le débat paraît clos : la garde à vue sera demain conforme aux engagements internationaux de la France<sup>1</sup>. Cette conclusion est fictive, la réalité tout autre.

Au cœur de l'actualité de la procédure pénale, la garde à vue donne lieu à d'incessants commentaires dont la portée dépasse assez largement le cercle des spécialistes de la matière. Les raisons en sont connues : le nombre des gardes à vue croît dans des proportions déraisonnables et la pression des droits de l'homme se fait insistante<sup>2</sup>. Le législateur est désormais au pied du mur, pour n'avoir pas tiré les conclusions qui s'imposaient pourtant après l'arrêt *Dayanan*<sup>3</sup>. La condamnation de l'Etat Turc commandait pourtant, à titre préventif, une évolution substantielle du régime juridique de la mesure de garde à vue. Or, cette évolution est aujourd'hui inéluctable, non pas en raison d'une pression exercée de *l'extérieur*, de Strasbourg<sup>4</sup>, mais bien de *l'intérieur*, par une réaction à double détente, assez inédite. Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, sur renvoi de la Cour de cassation, a tranché : les articles du Code de procédure pénale sont inconstitutionnels<sup>5</sup>. Dans un second temps, le coup de grâce vient d'être porté par la Cour de cassation elle-même : en jugeant que les dispositions relatives à l'intervention de l'avocat lors d'une garde à vue soumise au régime dérogatoire de la criminalité organisée ne sont pas conformes à l'article 6 de la Convention, elle contraint le législateur à repenser intégralement son projet de loi<sup>6</sup>. Rarement les raisons d'une réforme

<sup>1</sup> Même si le délai imparti au législateur par le Conseil constitutionnel est des plus contestable, v. not. P. Cassia, *Les gardes à vue « particulières » ne sont plus conformes à la Constitution*, D. 2010, p. 1949.

<sup>2</sup> CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*, n° 7377/03, Rev. sc. Crim. 2010, p. 231, note D. Roets ; D. 2009, p. 2897, note J. Renucci. V. déjà, CEDH 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02. V. égal., CEDH 24 sept. 2009, *Pishchalnikov c/ Russie*, n° 7025/04 ; CEDH 19 nov. 2009, *Kolesnik c/ Ukraine*, n° 17551/02, v. not., G. Roujou de Boubée, *L'assistance de l'avocat pendant la garde à vue*, D. 2010, p. 868 ; E. Verges, *L'enquête pénale au cœur d'un changement de paradigme : le statut et les droits de la personne mise en cause dans la procédure pénale*, Rev. pénit. 2009, p. 837.

<sup>3</sup> CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*, préc. A une question posée par un député concernant la compatibilité des dispositions du Code de procédure pénale avec la jurisprudence de la Convention européenne, Mme le ministre de la justice et des libertés a apporté réponse suivante : « *la Cour européenne des droits de l'Homme, dans les arrêts SALDUZ c/Turquie du 27 novembre 2008 et DAYANAN c/Turquie du 13 octobre 2009, a affirmé le droit pour toute personne, dès lors qu'elle est privée de liberté, à pouvoir s'entretenir avec un défenseur. Le droit français en vigueur pour les infractions de droit commun satisfait à cette exigence précise puisqu'il autorise le gardé à vue à s'entretenir confidentiellement, dès le début de la garde à vue, avec un avocat. Dans un arrêt du 20 mars 2007, la Cour de cassation a admis la conformité du droit français à la Convention européenne des droits de l'Homme. Si la Convention européenne des droits de l'Homme est d'application directe, sa jurisprudence ne s'impose qu'aux États parties à l'affaire jugée. Les condamnations prononcées contre la Turquie ne constituent donc aucunement une mise en cause de la législation française* », 13<sup>ème</sup> Législature, Question n° 64 138, publiée au JO, 24 nov. 2009, p. 11083 ; Réponse publiée au JO 13 avril 2010, p. 4298.

<sup>4</sup> L'arrêt rendu très récemment par la Cour européenne condamnant la France a une portée limitée : la procédure litigieuse, antérieure à la loi du 9 mars 2004, concernait une personne placée en garde à vue à la suite de l'exécution d'une commission rogatoire, qui a été contrainte de jurer de dire la vérité, avant de déposer devant l'officier de police judiciaire, en application de l'article 153 ancien du Code de procédure pénale, ce qui était incompatible avec le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, v. CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco/France*, n° 1466/07, Dalloz actualité, 22 oct. 2010, comm.. M. Léna.

<sup>5</sup> DC n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, AJDA 2010, p. 1556, obs. S. Blondel ; D. 2010, p. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel ; F. Fournié, *Nouvelles considérations « huroniques »*.- A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, JCP 2010, 914, Aperçu rapide. Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du Code de procédure pénale.

<sup>6</sup> Crim. 19 oct. 2010, 3 arrêts, n° 10-82.306 ; 10-82.902 ; 10-85.051.

n'ont été aussi prégnantes : les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que celles du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation imposent un changement radical de cap. Il ne peut s'agir d'un simple toilettage des dispositions du Code de procédure pénale. La réécriture des articles 62, 63, 63-1 et 77, mais également des aliéna 1 à 6 de l'article 63-4 constitue une exigence constitutionnelle ; celle de l'aliéna 7 de l'article 63-4 et de l'alinéa 6 de l'article 706-88 devient inévitable, eu égard aux décisions rendues par la chambre criminelle le 19 octobre dernier. Le champ de la réforme doit donc concerner aussi bien le régime ordinaire de la garde à vue que les régimes particuliers.

## 1° Régime ordinaire

En jugeant inconstitutionnelles les dispositions relatives à la garde à vue de droit commun, en ce qu'elles ne permettent pas à une personne retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat, le Conseil constitutionnel adopte une conception des droits de la défense proche de celle de la Cour européenne<sup>7</sup>. Au droit à un entretien avec un avocat<sup>8</sup>, garanti par l'article 63 du Code de procédure pénale, doit être ajouté un droit à l'assistance d'un avocat. Reste à délimiter ce droit, la chose n'est pas aisée tant le Conseil constitutionnel est peu disert sur la question. Néanmoins, le Conseil ébauche un principe et une exception : la personne gardée à vue doit bénéficier de l'assistance effective d'un avocat lors des interrogatoires, sauf si des circonstances particulières justifient une restriction à ce droit.

En premier lieu, le mimétisme de la décision avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas parfait, le Conseil se concentrant sur l'assistance effective de l'avocat lors des seuls interrogatoires. Or, si certains paragraphes de l'arrêt *Salduz* peuvent susciter le doute<sup>9</sup>, l'arrêt *Dayanan* a levé toute ambiguïté en précisant qu'« un accusé doit, dès qu'il est privé de liberté, pouvoir bénéficier de l'assistance d'un avocat et cela indépendamment des interrogatoires qu'il subit »<sup>10</sup>. En d'autres termes, l'intervention de l'avocat est imposée dès le début de la garde à vue et non pas seulement lors des interrogatoires. Partant, le droit à s'entretenir avec un avocat dès le début de la garde à vue ne doit pas être purement et simplement remplacé par un droit à l'assistance de l'avocat lors des interrogatoires. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel ne précise pas les modalités de cette assistance effective. Ce silence invite une nouvelle fois à l'examen de la jurisprudence européenne, qui traduit concrètement les exigences du procès équitable : « l'équité de la procédure requiert que l'accusé -au sens de la Convention européenne- puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer »<sup>11</sup>. Si le droit à la consultation du dossier de la procédure n'est pas

---

<sup>7</sup> En ce sens, v. P. Cassia, préc.

<sup>8</sup> L'entretien avec l'avocat, tel qu'il est conçu par l'actuel article 63-1 du Code de procédure pénale, ne permet pas à l'avocat de jouer pleinement son rôle : l'entretien d'une durée de 30 minutes, en l'absence de communication du dossier, rend illusoire toute idée de défense effective. La possibilité pour l'avocat de présenter des observations écrites jointes au dossier n'altère en rien l'affirmation.

<sup>9</sup> V. sur ce point, l'opinion concordante du juge Zagrebelsky, à laquelle se rallient les juges Casadevall et Türmen, CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, n° 36391/02.

<sup>10</sup> CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*, n° 7377/03, § 32. V. égal. § 31: « Elle (la Cour) estime que l'équité d'une procédure pénale requiert d'une manière générale, aux fins de l'article 6 de la Convention, que le suspect jouisse de la possibilité de se faire assister par un avocat dès le moment de son placement en garde à vue ou en détention provisoire ».

<sup>11</sup> CEDH, 13 oct. 2009, *Dayanan c/ Turquie*, préc., § 32.

expressément formulé, il ne fait aucun doute qu'une assistance effective commande la consécration de ce droit. C'est précisément l'apport essentiel de l'une des trois décisions, rendues par la Cour de cassation le 19 octobre dernier : « pour prononcer l'annulation des procès-verbaux de garde à vue et des auditions intervenues pendant celle-ci, les juges énoncent que M. S. a bénéficié de la présence d'un avocat mais non de son assistance dans des conditions lui permettant d'organiser sa défense et de préparer avec lui les interrogatoires auxquels cet avocat n'a pu, en l'état de la législation française, participer ; Attendu qu'en se prononçant ainsi, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>12</sup>. En d'autres termes, l'avocat devrait avoir accès au dossier immédiatement, ce qui constitue naturellement un intérêt évident, dans la mesure où le dossier revêt une certaine consistance. Le législateur sera donc conduit, irrémédiablement, à intégrer dans la réforme cette dimension du droit à l'assistance effective d'un avocat, qui repose non seulement sur les exigences du procès équitable garanties par l'article 6 de la Convention mais encore sur un principe directeur qui en constitue une émanation dérivée, à savoir le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination<sup>13</sup>. Du reste, le Conseil constitutionnel, sur ce point, ne s'y trompe pas lorsqu'il reproche à la loi de ne pas organiser, au profit de la personne gardée à vue, la notification de son droit de garder le silence<sup>14</sup>. Par ailleurs, c'est encore l'article 3 de la Convention européenne qui justifie l'assistance effective de l'avocat. Ce dernier peut, en effet, s'assurer du respect de la dignité humaine, tant du point de vue des conditions matérielles de la détention, qu'au regard d'éventuels traitements inhumains ou dégradants visant l'obtention d'aveux<sup>15</sup>.

En second lieu, selon le Conseil constitutionnel, les restrictions aux droits de la défense ne peuvent être générales, en revanche, des circonstances particulières seraient de nature à les justifier. Sur ce point, la décision suscite deux questions :

- Comment définir et délimiter ces circonstances particulières ? Si l'on s'en tient aux termes de la décision, une restriction au droit à l'assistance effective d'un avocat est envisageable si des circonstances particulières le justifient, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes.

- Cette restriction au droit à l'assistance effective d'un avocat serait-elle conforme à la jurisprudence de la Cour européenne ? Celle-ci ne consacre pas un droit absolu à l'assistance effective d'un avocat dès le début de la mesure privative de liberté. Néanmoins, il peut être relevé une évolution notable de la jurisprudence européenne sur ce point.

Dans un premier temps, la Cour admettait déjà, dans l'arrêt *John Murray*, que le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat (comprendre dans cette espèce, le droit à l'accès à un homme de loi) dès les premiers stades des interrogatoires de police pouvait être soumis à des

---

<sup>12</sup> Crim. 19 oct. 2010, n° 10-82.306.

<sup>13</sup> CEDH, 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, préc., § 55 : « il est en principe porté une atteinte irréversible aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un avocat sont utilisées pour fonder une incrimination » ; V. not., D. Roets, *Du droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue : bis repetita placent...*, Rev. sc. crim. 2010, p. 231 ; V. égal., S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 471.

<sup>14</sup> La modification apportée à l'article 63-1, alinéa 1<sup>er</sup>, issu de la loi du 15 juin 2000, par la loi du 4 mars 2002, puis la suppression par la loi du 18 mars 2003 de l'obligation de notifier ce droit n'allaient pas, à l'évidence, dans le sens de l'histoire.

<sup>15</sup> V. en ce sens, l'opinion concordante du juge Zagrebelsky, préc. : « j'ajoute que, naturellement, le fait que le défenseur puisse voir l'accusé tout au long de sa détention dans les postes de police ou en prison permet, mieux qu'aucune autre mesure, d'éviter que la prohibition des traitements visés à l'article 3 de la Convention ne soit enfreinte ».

restrictions pour des raisons valables<sup>16</sup>. La décision de la Cour européenne dans cette espèce n'est pas d'une interprétation aisée. En effet, la décision de condamnation pour violation de l'article 6<sup>17</sup> s'explique par la relation étroite entre le droit de se taire et le droit à l'accès à un *solicitor* : lorsque le contexte juridique conduit l'intéressé à hésiter dans le choix d'un système de défense, se taire ou parler, il doit bénéficier de l'accès à un homme de loi<sup>18</sup>. Le caractère équitable de la procédure doit, dès lors, faire l'objet d'une approche globale, suivant ainsi la logique d'une garantie processuelle autonome<sup>19</sup>. De plus, la Cour ne définit pas la notion de raison valable pouvant justifier une restriction au droit d'accès à un avocat. Toutefois, l'une des opinions, en partie dissidente, apporte un éclairage intéressant. Est évoqué l'article 15 de la loi 1987 sur l'état d'urgence en Irlande du Nord, qui habilite un fonctionnaire de police à retarder l'accès à un homme de loi pour une durée ne dépassant pas quarante-huit heures, lorsqu'il s'estime fondé à croire que « *l'exercice de ce droit plus tôt entraverait la collecte d'informations sur des actes de terrorisme ou, en alertant éventuellement quelqu'un d'autre, générerait la prévention de tels actes, l'appréhension, la poursuite ou la condamnation d'une personne qui y serait mêlée* »<sup>20</sup>. Cette faculté de restreindre le droit d'accès à un avocat pour les raisons précisées par le texte<sup>21</sup> ne serait pas incompatible avec l'article 6 de la Convention européenne<sup>22</sup>. En d'autres termes, l'entrave à la collecte d'informations ou à la prévention pourrait être de nature à constituer une raison valable à la restriction du droit à l'accès à un avocat. Parmi les motifs justifiant une telle restriction figure, en outre, dans cette loi de 1987, l'hypothèse dans laquelle l'usage du droit à l'accès immédiat à un avocat porterait atteinte à autrui ou entraînerait des dommages corporels pour autrui.

Dans un second temps, la Cour européenne a adopté une conception plus restrictive, en substituant aux raisons valables des raisons impérieuses. Ainsi, dans l'arrêt *Salduz*, « *la Cour estime que pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment concret et effectif, il faut en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce*

<sup>16</sup> CEDH, 8 févr. 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, série A, n° 241, § 63 ; Rev. sc. crim. 1997, 481, obs. R. Koering-Joulin ; Procédures 1996, n° 194, obs. J. Buisson. V. égal., S. Guinchard, J. Buisson, Procédure pénale, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2010, n° 458 ; CEDH, 6 juin 2000, *Magee c/ Royaume-Uni*, § 41.

<sup>17</sup> CEDH, 8 févr. 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, préc., § 70 (violation du paragraphe 1 combiné avec le § 3 c) de l'article 6).

<sup>18</sup> L'influence du droit anglo-saxon est manifeste, v. pour un bref aperçu, D. Soulez-Larivière, *Garde à vue- Vers des « Mirandas warnings » en Europe* ? JCP 2009, 553.

<sup>19</sup> Il s'agit là d'une interprétation concevable du paragraphe n° 66 de la décision, lorsque la Cour affirme que « *la notion d'équité consacrée par l'article 6 exige que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police. Dénier cet accès pendant les quarante-huit premières heures de celui-ci, alors que les droits de la défense peuvent fort bien subir une atteinte irréparable, est - quelle qu'en soit la justification - incompatible avec les droits que l'article 6 reconnaît à l'accusé* ». V. égal., CEDH, 6 juin 2000, *Averill c/ Royaume-Uni*. Dans cette affaire, le requérant a été privé du droit d'accès à un avocat pour une durée plus courte (vingt-quatre heures). V. not., S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, n° 453.

<sup>20</sup> V. opinion en partie dissidente (commune aux juges Ryssdal, Matscher, Palm, Foighel, Sir John Freeland, Wildhaber et Jungwiert).

<sup>21</sup> Art. 15, 8) loi de 1987 sur l'état d'urgence en Irlande du Nord, reproduit au § 33 de l'arrêt *John Murray c/ Royaume-Uni*, préc. ; V. déjà, CEDH, 26 mai 1993, *Brannigan et McBride c/ Royaume-Uni*, Série A n° 258-B. La question est identique s'agissant de l'article 45 de la loi de 1991 sur l'état d'urgence en Irlande du Nord, v. CEDH, 6 juin 2000, *Averill c/ Royaume-Uni*, § 35.

<sup>22</sup> V. le § 5 de l'opinion en partie dissidente : « *Personne n'a donné à entendre que, dans la situation régnant à l'époque des faits en Irlande du Nord, il était déraisonnable que l'article 15 de la loi de 1987 habilît un fonctionnaire de police à retarder l'accès à un homme de loi pour une durée ne dépassant pas quarante-huit heures* ».

*droit* »<sup>23</sup>. La Cour ne définit pas davantage les raisons impérieuses. Pour autant, ce changement terminologique traduit très certainement la volonté de la Cour d'apprécier, avec plus de rigueur encore que par le passé, la légitimité des restrictions au droit à l'accès à un avocat, voire au droit à une assistance effective de l'avocat, puisque le débat depuis les arrêts *Salduz* et *Dayanan* a évolué en ce sens. Par ailleurs, il convient, là encore, de ne pas sous-estimer la portée de l'article 6, § 1, de la Convention européenne : le fait que des raisons impérieuses justifient de telles restrictions n'est pas un gage de respect du procès équitable, principe dont l'autonomie implique une appréciation d'ensemble de la procédure. Sur ce point, l'arrêt *Salduz* est une nouvelle fois sans équivoque<sup>24</sup>.

L'étude de la jurisprudence européenne atteste que l'orientation prise par le Conseil constitutionnel et par la Cour de cassation s'inscrit dans la même ligne directrice, du moins dans l'esprit. Concernant, cette fois, le projet de loi de réforme de la garde à vue, la conclusion est différente.

La réforme de la garde à vue, récemment présentée par le Garde des Sceaux<sup>25</sup>, ne prend pas suffisamment la mesure des enjeux européens et constitutionnel. La volonté de renforcer la présence de l'avocat lors de la garde à vue paraît, de prime abord, indéniable, pour autant ce constat doit être très rapidement tempéré : les exceptions aux principes posés par les textes, mais encore les dispositions consacrant le principe d'une audition, dite libre devraient susciter le débat<sup>26</sup>.

Concernant la garde à vue proprement dite, le projet consacre une avancée notable des droits de la défense. Tout d'abord, l'avocat pourra, à sa demande, consulter le procès-verbal constatant la notification du placement en garde à vue et des droits, ainsi que les procès-verbaux d'audition<sup>27</sup>. Ensuite, traduisant ainsi la principale innovation du projet, l'avocat pourra assister aux auditions de la personne gardée à vue<sup>28</sup>. Il sera, en outre, en mesure de présenter des observations écrites jointes à la procédure, non seulement à l'issue de l'entretien organisé au début et lors du renouvellement de la mesure<sup>29</sup>, mais encore après chacune des auditions<sup>30</sup>. Enfin, le droit de se taire réintègre la liste des droits qui doivent être notifiés<sup>31</sup>. Ces nouvelles dispositions sont de nature à rendre effective l'assistance de la personne gardée à vue par un avocat. Pour autant, le projet atténue la portée de ce principe, en prévoyant un régime d'exception : la présence de l'avocat aux auditions pourra être différée pendant une durée de douze heures à la demande de l'officier de police judiciaire et sur autorisation du procureur de la République<sup>32</sup>. Pendant ce délai et dans les mêmes conditions, l'accès aux pièces pourrait être également refusé à l'avocat<sup>33</sup>. Il s'agit bien d'une restriction au droit à l'assistance effective d'un avocat et non pas au droit à l'accès à un avocat (homme de loi), qui demeure garanti en toutes hypothèses (sous réserve des dispositions relatives aux procédures dérogatoires, contraires à la Convention européenne). A cet égard, le projet de loi rejoint davantage la solution de l'arrêt *Dayanan*. Deux réserves peuvent néanmoins être formulées :

<sup>23</sup> CEDH 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, préc., § 55

<sup>24</sup> CEDH 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, *ibid* : « Même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, pareille restriction - quelle que soit sa justification - ne doit pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6... ».

<sup>25</sup> Dalloz Actualité, 15 oct. 2010, *Garde à vue : présentation du projet de loi en conseil des ministres*, obs. S. Lavric.

<sup>26</sup> Il sera essentiellement question des apports de la réforme envisagée au regard de la place de l'avocat.

<sup>27</sup> Art. 63-4-1, al. 1<sup>er</sup>, CPP, projet de loi relatif à la garde à vue (article 7), n° 2855, déposé le 13 octobre 2010.

<sup>28</sup> Art. 63-4-2, al. 1<sup>er</sup>, CPP, projet de loi relatif à la garde à vue (article 7), préc.

<sup>29</sup> Sur ce point précis le projet ne présente pas d'innovation.

<sup>30</sup> V. art. 63-4-3, CPP, projet de loi relatif à la garde à vue (article 7), préc.

<sup>31</sup> Art. 63-1, II al. 1<sup>er</sup>, CPP, projet de loi relatif à la garde à vue (article 7), préc.

<sup>32</sup> Art. 63-4-2, al. 2, CPP, projet de loi relatif à la garde à vue (article 7), préc.

<sup>33</sup> Art. 63-4-2, al. 3, CPP, projet de loi relatif à la garde à vue (article 7), préc.

- Selon les termes du projet de loi, la restriction au droit à l'assistance effective d'un avocat peut être justifiée en considération des circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte imminente aux personnes. Cette restriction aux droits de la défense ne surprend pas à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation, mais encore de la Cour européenne, qui ne consacrent pas un droit absolu à l'assistance effective d'un avocat. Ces motifs pourraient constituer des raisons valables, voire des raisons impérieuses. Pour autant, le procureur devra veiller à ne pas faire systématiquement droit à la demande de l'officier de police judiciaire et s'astreindre à vérifier pour chaque cas, selon les circonstances particulières de la cause, si les raisons avancées peuvent objectivement justifier une restriction aux droits de la défense.

- La décision de restreindre le droit d'accès à l'avocat peut-elle être prise par le procureur de la République ? La Cour européenne n'a pas précisé la nature de l'autorité, compétente, pour restreindre les droits de la défense. Pour autant, dans l'arrêt *John Murray*, il a été souligné que la loi sur l'état d'urgence en Irlande du Nord conférait aux policiers la faculté de restreindre les droits de la défense, cette décision pouvant être soumise à un contrôle juridictionnel. Or, le projet de loi français dénie à un officier de police judiciaire cette prérogative et la confie au seul procureur de la République, qui n'est ni un juge, ni davantage un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires : la doctrine n'a pas attendu l'arrêt *Medvedyev*<sup>34</sup> pour dresser ce constat<sup>35</sup>. L'arrêt de la grande chambre dans l'affaire *Medvedyev* exprimait déjà cette idée, même si, en l'espèce, la présentation à un magistrat du siège dans un délai relativement court permettait de conclure au respect de l'article 5, § 3, de la Convention<sup>36</sup>. Sur le même fondement, un arrêt, plus récent, confirme, sans ambiguïté et sans réelle surprise, que les membres du parquet français ne sont pas des juges ou des magistrats habilités par la loi à exercer des fonctions judiciaires au sens de la Convention<sup>37</sup>. La raison est double : d'une part, la dépendance statutaire du parquet est incompatible avec

---

<sup>34</sup> CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c/ France*, n° 3394/03. V. not., P. Hennion-Jacquet, L'arrêt *Medvedyev* : un turbulent silence sur les qualités du parquet, D. 2010, p. 1390 ; D. Rebut, L'arrêt *Medvedyev* et la réforme de la procédure pénale, D. 2010, p. 970 ; F. Sudre, Le rôle du parquet en question, JCP 2010, 454 ; Y. Mayaud, Le parquet entre le juge et l'avocat (à propos de l'avant-projet de réforme du Code de procédure pénale), D. 2010, p. 773 ; P. Spinosi, Le ministère public français est-il une autorité judiciaire au sens de la Convention EDH ? D. 2010, p. 952 ; J.-F. Renucci, L'affaire *Medvedyev* devant la grande chambre : les « dits » et les « non-dits » d'un arrêt important, D. 2010, p. 1386 ; J. Buisson, Le procureur de la République n'est pas un magistrat au sens conventionnel, *Procédures* 2008, comm. 343.

<sup>35</sup> V. not., S. Guinchard, J. Buisson, préc., dans les éditions de leur ouvrage antérieures à l'arrêt *Medvedyev*, ces auteurs affirmaient déjà que « *les magistrats du parquet ne sont pas, en France, des magistrats habilités à se prononcer sur une arrestation ou une détention puisqu'ils ont la possibilité d'être organe de poursuite...* », v. not., la quatrième édition (2008), n° 346. Il faut dire que la jurisprudence de la Cour européenne est fixée sur cette question depuis plusieurs années, v. not., CEDH 23 oct. 1990, *Huber c/ Suisse*, série A n° 188 et v. déjà, CEDH 4 déc. 1979, *Schiesser c/ Suisse*, série A n° 34.

<sup>36</sup> Aux termes de l'article 5, § 3, de la Convention européenne « *toute personne arrêtée ou détenue...doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable...* » Alors que l'arrêt de section s'est placé sur le terrain de l'article 5 § 1 de la Convention (v. CEDH 5<sup>ème</sup> sect. 10 juill. 2008, *Medvedyev et a. c/ France*, requête n° 3394/03), l'arrêt de grande chambre esquivait le problème en se fondant sur l'article 5 § 3 de la Convention, v. F. Fourment et L. Mortet, Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les mesures de contrainte : le cas de la garde à vue, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 171, spéc. p. 174.

<sup>37</sup> CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06, Dalloz actualité, 24 nov. 2010. En l'espèce, la requérante a été présentée à un procureur adjoint après sa garde à vue (48 heures), puis à un juge d'instruction plus de cinq jours après son arrestation et son placement en garde à vue. La cour considère que la présentation au parquet n'est pas de nature à garantir le droit à un juge, « *dès lors que le procureur adjoint ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la convention, les garanties d'indépendances exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* », v. § 53 à 62 de la décision, spéc. § 59.

l'exigence d'indépendance du juge, d'autre part, la notion d'impartialité objective retenue par la Cour européenne implique que le parquet ne peut exercer une mission de contrôle de la garde à vue alors qu'il exerce ou est susceptible d'exercer des poursuites à l'encontre de la personne faisant l'objet de l'arrestation<sup>38</sup>. Le projet de loi s'engage pourtant sur ce point, dans la continuité d'une politique de l'autruche<sup>39</sup>, alors que la rupture s'impose. La seule incertitude qui subsiste à l'heure actuelle et qui pourrait expliquer cette inaction tient à l'interprétation de l'adverbe « aussitôt » visé par l'article 5, § 3, de la Convention européenne<sup>40</sup>. Dès lors que cette exigence de célérité est appréciée, pour le moment, par la Cour européenne avec une certaine indulgence, le système français, qui prévoit dans tous les cas l'intervention d'un magistrat du siège à l'issue de la quarante-huitième heure, est conforme à l'article 5, § 3, de la Convention<sup>41</sup>. C'est dire que cette conformité tient à un fil. L'arrêt *Moulin* ne s'inscrit pas dans une logique différente : cette nouvelle condamnation de la France ne permet certainement pas d'affirmer que la réforme du statut du parquet s'impose, du moins immédiatement. Pour autant et pour en revenir à notre hypothèse, le fait de confier au procureur la faculté de restreindre les droits de la défense ne s'inscrit pas dans le sens de l'histoire : il devient de plus en plus intenable de confier au parquet de nouvelles missions de contrôle ou encore de lui donner le pouvoir de juger de l'opportunité de restreindre les droits de la défense, quand bien même la décision serait motivée<sup>42</sup>.

L'audition dite libre du suspect suscite également plusieurs remarques. Seuls les témoins peuvent faire l'objet d'une rétention le temps nécessaire à leur audition, conformément aux articles 62, alinéa 5, et 78, alinéa 32, du Code de procédure pénale. La durée de la rétention n'est pas, pour l'heure, précisée par ces textes<sup>43</sup>. Il peut d'ailleurs s'agir d'une audition coercitive, y compris lorsqu'elle intervient au cours d'une enquête préliminaire. L'absence de garantie est déjà patente dans cette hypothèse et paraît peu compatible avec l'article 5 de la Convention européenne. Or, il est projeté d'entendre, sans aucune garantie, non pas le témoin, mais la personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction. En d'autres termes, la personne est déjà suspectée et on lui propose de renoncer aux droits de la défense. Cette procédure implique que la personne se rende librement dans les locaux de la police, spontanément ou à la suite d'une convocation des enquêteurs ou encore qu'elle accepte expressément de suivre l'officier ou l'agent de police judiciaire après avoir été appréhendée<sup>44</sup>. L'audition libre traduirait alors une renonciation aux garanties du procès équitable. Une telle renonciation est concevable, la jurisprudence de la Cour européenne étant, sur ce point, constante. Elle a d'ailleurs récemment rappelé que « *ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré aux garanties d'un procès équitable de manière*

---

<sup>38</sup> Pour un exemple récent, v.

<sup>39</sup> L'expression est empruntée à un auteur, qui ne dissimule pourtant pas sa défiance à l'égard de la Convention européenne, v. M.-L. Rassat, *Encore et toujours la Cour européenne des droits de l'homme*, JCP 2009, act. 200.

<sup>40</sup> Art. 5, § 3, Conv. eur. : « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1 c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires... ». V. not., P. Hennion-Jacquet, Délai de route prégarde à vue : quand la Cour européenne des droits de l'homme suspend le vol du temps, D. 2008, p. 3055.

<sup>41</sup> Sauf, à discuter, ce qui est parfaitement concevable, de l'impartialité objective du juge d'instruction qui a le pouvoir d'ordonner le renvoi de la personne mise en examen devant une juridiction de jugement,

<sup>42</sup> En ce sens, v. not., L. Leroy, La garde à vue : des pistes pour une réforme, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 179, spéc. p. 182.

<sup>43</sup> Toutefois, le délai de quatre heures devrait être retenu, au regard de la circulaire du 4 décembre 2000 (Cir. Crim. 00-13 F 1 du 4 décembre 2000), qui se réfère au délai prévu par l'article 78-3 CPP régissant la vérification d'identité. L'article 11 du projet de loi prévoit, sur ce point, la modification de l'article 62, posant expressément le principe d'une durée de quatre heures.

<sup>44</sup> Art. 1 projet de loi relatif à la garde à vue, qui insère un art. 62-4, III, dans le Code de procédure pénale.

*expresse ou tacite, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* »<sup>45</sup>. La Cour de cassation dresse le même constat, sans toutefois apporter ce luxe de précisions<sup>46</sup>. Certes, toutes les garanties ne peuvent donner lieu à renonciation<sup>47</sup>, pour autant il est concevable de renoncer au droit d'être défendu par un avocat ou au droit de garder le silence. Néanmoins, la renonciation, pour être effective, doit se trouver établie de manière non équivoque et être entourée d'un minimum de garanties correspondant à sa gravité<sup>48</sup>. Or, les dispositions projetées relatives à l'audition libre soulèvent quelques interrogations. Pour renoncer de manière non équivoque à des droits, encore convient-il d'en avoir connaissance. Par ailleurs, la renonciation doit être libre et sans contrainte.

En premier lieu, dès lors que l'individu n'a pas le statut de témoin mais celui de suspect, il doit bénéficier des garanties du procès équitable et notamment des droits de la défense. Or, le projet vise la personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, mais sans en tirer cette conséquence, bien au contraire. Pourtant, il s'agit bien d'un accusé au sens de la Convention européenne : l'absence apparente de contrainte ne modifie pas le statut juridique de la personne à qui est notifié, officiellement, le reproche d'avoir accompli une infraction pénale<sup>49</sup>. Au soutien de cette affirmation, rappelons que la Cour européenne a, par le passé, considéré qu'une assignation à comparaître comme témoin peut s'analyser en une accusation au sens de l'article 6, § 1<sup>50</sup>. La contrainte constitue le critère classique du placement en garde à vue : la garde à vue doit être décidée dès le moment où le suspect est mis à la disposition de l'officier de policier judiciaire, c'est-à-dire à l'instant même où il est privé de sa liberté d'aller et de venir. D'une part, la contrainte permet d'établir le point de départ du délai de garde à vue, d'autre part, elle fixe le moment où l'individu doit recevoir notification de ses droits. Ainsi, rien n'interdit à un officier de police judiciaire d'entendre, sans la placer en garde à vue, une personne qui se présente spontanément et qui n'est pas contrainte de rester à sa disposition<sup>51</sup>. Pour autant, lorsque cette personne se présente, elle n'est pas encore suspectée. Si l'audition permet à l'officier de police judiciaire de soupçonner qu'elle peut être impliquée dans la commission d'une infraction, il ne devrait avoir d'autre choix que de la placer en garde à vue. Toute autre solution conduirait à favoriser une prise de décision tardive, visant à différer l'octroi des droits de la défense, traduisant un détournement de procédure. Or, en visant non pas le témoin, mais le suspect, le projet de loi entend légaliser un tel détournement. Le

---

<sup>45</sup> CEDH, gr. ch., 2 nov. 2010, *Sakhnovski c/ Russie*, n° 21272/03, § 90 ; V. égal. CEDH, gr. ch., 1<sup>er</sup> mars 2006 *Sejdovic c/ Italie*, n° 56581/00, § 86 ; V. déjà, CEDH, 12 févr. 1985, *Colozza c/ Italie*, § 28 : Série A n° 89, Rev. sc. crim. 1985. 627, obs. Pettiti ; CEDH, 7 mai 1994, *Neumeister c/ Autriche*, § 36 : Série A n° 17, RUDH 1990. 75, obs. Callewaert, Dejeant-Pons et Sansonetis ; CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*, § 59 : Série A n° 43, JDI 1982. 216, obs. Rolland ; CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte*, § 35 : Série A n° 58, JDI 1985. 212, obs. Rolland et Tavernier ; CEDH, 23 mai 1991, *Oberschlick c/ Autriche*, § 51 : Série A n° 204.

<sup>46</sup> Crim., 19 oct. 2010, *Tisset*, n° 10-82.902 : « *sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat* ».

<sup>47</sup> Par exemple, pour le droit à un tribunal, v. CEDH, 25 février 1992, *Pfeifer et Plankl*, série A, n° 227, § 38, D. 1992. Somm. 331, obs. Renucci. ; V. égal. S. Guinchard, Le procès équitable, droit fondamental ? AJDA 1998, p. 191.

<sup>48</sup> V. not., CEDH 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, préc., § 59.

<sup>49</sup> Art. 62-4 I, projet de loi relatif à la garde à vue (article 1<sup>er</sup>), préc. : « Le consentement de la personne à son audition est recueilli après qu'elle a été informée par l'officier ou l'agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction dont elle est soupçonnée... ». V. not. S. Guinchard, J. Buisson, *op. cit.*, n° 362.

<sup>50</sup> CEDH, 20 oct. 1997, *Serves c/ France*, § 42 : JCP 1998, I, 107, n° 20, obs. Sudre.

<sup>51</sup> Crim., 13 novembre 1996, Bull. crim., n° 401 ; Crim., 4 mars 1998, Bull. crim., n° 84 ; Procédures 1998, comm. n° 180, obs. J. Buisson ; Crim., 28 juin 2000, Dr. pén. 2001, comm. n° 25, 1<sup>er</sup> arrêt, obs. A. Maron.

consentement à une audition libre équivaut-il à une renonciation non équivoque au droit à bénéficier de l'assistance effective d'un avocat, à une renonciation non équivoque au droit de ne pas s'auto-incriminer ? Le principe d'une audition libre caractérise le souhait du législateur de ne pas rompre avec le culte des aveux : le seul objectif étant de différer la mise en œuvre des droits de la défense, afin de faciliter leur obtention, ce qui, immanquablement, traduit l'idée selon laquelle la présence de l'avocat nuit à la manifestation de la vérité, du moins, et la nuance est de taille, à une vérité avouée. Des auteurs reconnaissent explicitement que l'interrogatoire policier est plus efficace que l'interrogatoire judiciaire puisqu'il est effectué sans la présence de l'avocat<sup>52</sup>. Le pragmatisme de la solution ne peut être nié, sa philosophie, à l'aune des droits de l'homme, est plus contestable. En toutes hypothèses, dès lors qu'elle privilégie la fin sur les moyens, cette solution semble condamner, par avance, une réflexion renouvelée sur le rôle respectif de l'enquêteur et de l'avocat. Le projet de loi, qui ne rompt pas avec cette logique, conduit à une réforme non aboutie : la procédure envisagée se trouve placée au milieu du gué, menaçant ainsi sa pérennité. En l'état, le projet n'entoure pas la renonciation de suffisamment de garanties, dès lors sa constitutionnalité est douteuse, sa conventionnalité très incertaine.

En second lieu, si la contrainte envisagée par la jurisprudence est exclusivement une contrainte physique, un individu faisant l'objet d'une audition, même avec son consentement, subit une contrainte d'ordre psychologique<sup>53</sup>. *A fortiori*, il semble illusoire de penser que la renonciation puisse être libre et non contrainte, notamment dans le cas où l'individu est appréhendé : un refus de suivre l'officier de police judiciaire conduira assez inévitablement à un placement en garde à vue. Dans ces circonstances, on peut, dès lors, douter que l'individu ait véritablement le choix et qu'il puisse exprimer un consentement éclairé.

Le critère de la contrainte, qui constitue encore et toujours la clef de voûte de la garde à vue dans le projet de loi, ne paraît pas adapté. Les droits de la défense ne peuvent plus dépendre de ce seul critère, mais doivent bénéficier à la personne dès lors que son degré d'implication dans les faits délictueux l'impose. Le suspect doit donc être placé immédiatement en garde à vue et se voir notifier ses droits, auxquels il peut renoncer librement, de manière non équivoque<sup>54</sup>.

## 2° Régimes particuliers

Le Conseil constitutionnel n'a pas souhaité procéder à un nouvel examen, six ans après avoir examiné la loi du 9 mars 2004, estimant qu'il n'est pas intervenu de changement de circonstances depuis la décision du 2 mars 2004 en matière de lutte contre la délinquance et la criminalité organisée<sup>55</sup>. Le raisonnement est contestable : dès lors que le Conseil constitutionnel adopte une conception renouvelée des droits de la défense, en s'inspirant assez nettement des orientations de la Cour européenne, n'existe-t-il pas un changement de

---

<sup>52</sup> V. not., R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, Cujas, 4<sup>ème</sup> éd., 1979, n° 151 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 14<sup>ème</sup> éd., 2008-2009, n° 533.

<sup>53</sup> En ce sens, v. A. Decocq, J. Montreuil et J. Buisson, *Le droit de la police*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 1998, n° 588 bis.

<sup>54</sup> L'arrêt *Brusco* rendu récemment par la Cour européenne invite à une réflexion en ce sens, CEDH, 14 oct. 2010, *Brusco/France*, n° 1466/07, Dalloz actualité, 22 oct. 2010, comm.. M. Léna.

<sup>55</sup> En revanche, concernant le régime de la garde à vue en matière douanière, le Conseil constitutionnel a rendu une décision dans la droite ligne de celle du 30 juillet 2010, v. DC n° 2010-32, QPC du 22 sept. 2010, D. Actualité, 14 oct. 2010. L'article 323, 3°, du Code des douanes, qui ne permet pas à la personne retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat pendant la phase d'interrogatoire, est inconstitutionnel.

circonstances propre à justifier un nouvel examen d'une procédure dérogatoire<sup>56</sup> ? En toutes hypothèses, si la voie constitutionnelle a échoué, celle du contrôle de conventionnalité a prospéré, ce qui revient peu ou prou à un contrôle de constitutionnalité par le juge judiciaire<sup>57</sup>. D'ailleurs, la Cour de cassation, en saisissant le Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité, visait également le régime particulier de la garde à vue<sup>58</sup>. On peut se demander si, face à l'inertie du Conseil constitutionnel sur cette question, la Cour de cassation ne s'est pas octroyée la faculté, en quelque sorte, de reprendre la main, en opérant un contrôle de conventionnalité. Il est naturellement délicat de sonder les voies impénétrables des juges, d'autant que des considérations plus politiques que strictement juridiques ont pu entrer en ligne de compte. Pour autant, la question prioritaire de constitutionnalité conduit à une approche renouvelée des relations entre les juges constitutionnels et les juges de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, qui mériterait d'être explorée. A s'en tenir à la seule portée des arrêts rendus par la chambre criminelle le 19 octobre 2010, une affirmation paraît certaine : ces décisions feront date à un double titre. D'une part, ces décisions balayent les orientations prises par le législateur depuis 2004, d'autre part, en retardant dans le temps l'application des « règles procédurales » qu'ils créent, les juges de la chambre criminelle confèrent à leur décision une portée inédite, traduisant un profond bouleversement, pour ne pas dire un chaos, des sources du droit.

Sur le fond, les faits relevant du trafic de stupéfiants, il était question d'apprécier la conformité de l'article 63-4, aliéna 7 (auquel on peut ajouter l'article 706-88, alinéa 6), du Code de procédure pénale, à l'article 6, § 3, de la Convention européenne<sup>59</sup>. En cette matière, l'avocat ne peut intervenir qu'à l'issue de la soixante-douzième heure. La Cour de cassation se rallie aux solutions de la Cour européenne et emprunte également à la décision du Conseil constitutionnel, en jugeant que « *sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou du délit reproché, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de sa garde à vue, être informée de son droit de se taire et bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un avocat* »<sup>60</sup>. Le système dans lequel les restrictions des droits de la défense dépendent de la gravité de l'infraction a vécu : les droits de la défense ne peuvent avoir une portée inversement proportionnelle à la gravité des faits reprochés. Sur cette question et à l'aune des droits de l'homme, la logique - essentiellement sécuritaire - du Code de procédure pénale est erronée et la Cour de cassation n'avait d'autre choix que d'admettre le droit à l'assistance effective de l'avocat, y compris dans les procédures particulières : convient-il de rappeler que, dans l'arrêt *Dayanan*, le requérant était poursuivi devant une juridiction d'exception en raison de son appartenance supposée à une organisation ayant, selon les autorités turques, une activité terroriste ?

Les restrictions aux droits de la défense ne pourront, dès lors, plus être fondées, de façon générale, sur la gravité présumée de l'infraction : elles devront être motivées, au cas par cas, au regard de raisons impérieuses ou, à défaut, procéder d'une renonciation non équivoque de l'intéressé<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> En ce sens, v. P. Cassia, *Les garde à vue « particulières » ne sont plus conformes à la constitution*, D. 2010, p. 1949.

<sup>57</sup> V. en ce sens, N. Molfessis, *Le contrôle de conventionnalité d'une loi conforme à la constitution*, RTD civ. 1999, p. 236.

<sup>58</sup> Le Conseil constitutionnel a, en effet, été saisi qu'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, notamment de l'article 706-73 du Code de procédure pénale.

<sup>59</sup> Crim., 19 oct. 2010, *Tisset*, n° 10-82.902 ; Crim., 19 oct. 2010, *Bonnifet*, n° 10-85.051.

<sup>60</sup> Crim., 19 oct. 2010, *Tisset*, préc.

<sup>61</sup> Sur ce point, v. le développement précédent consacré à l'audition libre.

Sur le fond ces décisions ne constituent donc pas une réelle surprise, la forme est davantage déroutante. Alors que le principe de sécurité juridique n'incite pas, habituellement, la Cour de cassation à s'écarter de son rôle d'interprète<sup>62</sup>, le même principe, ainsi que celui d'une bonne administration de la justice l'amène, aujourd'hui, à différer dans le temps « l'entrée en vigueur » de ses propres règles de procédure<sup>63</sup>. Le souhait de ne pas remettre en cause la validité des procédures passées paraît déjà contestable, celui de valider pour le futur des procédures non conformes à la Convention européenne laisse songeur : à compter de ces décisions et au plus tard jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2010 s'ouvre donc une période de non-droit qui concernera plusieurs centaines de milliers de gardes à vue. Il ne s'agit pas, ici, d'apprécier les conséquences d'une décision jurisprudentielle sur la situation juridique des parties à une relation contractuelle : se trouve en balance, dans notre hypothèse, d'un côté la sécurité juridique, la bonne administration de la justice et, de l'autre, des droits fondamentaux. Le choix de la sécurité juridique, de la bonne administration de la justice, au détriment des droits fondamentaux est doublement contestable. En premier lieu, symboliquement, elle suggère que les droits de la défense, et plus précisément le droit à l'assistance d'un avocat, ne mérite pas ou ne justifie pas une application immédiate, altérant ainsi la force des droits fondamentaux. En second lieu, d'un point de vue strictement juridique, la Cour de cassation n'a pas le pouvoir de suspendre l'application de droits garantis par la Convention européenne. En d'autres termes, au cours de la période transitoire qui s'ouvre, certes les demandes en nullité fondées sur le non-respect du droit à l'assistance effective d'un avocat ne pourront pas prospérer devant le juge français, mais rien ne s'opposera à un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme<sup>64</sup>. Au regard des statistiques annuelles relatives à la garde à vue, le nombre potentiel de condamnations de l'Etat français pourrait être vertigineux. Aussi, conviendrait-il que les parquets encouragent dès maintenant les officiers de police judiciaire à autoriser la présence de l'avocat lors des interrogatoires, avant même le vote d'une loi réformant la garde à vue, tout en ayant conscience des contraintes matérielles auxquelles sont soumis les praticiens<sup>65</sup>. Par ailleurs, le législateur n'a d'autre choix que d'intégrer dans la réforme cette modification substantielle du régime de la garde à vue, dans le domaine de la criminalité organisée : l'abrogation des articles 63-4, alinéa 7, et 706-88, alinéa 6, du Code de procédure pénale s'impose.

La réforme initiée par les juges européens et français est engagée, il est toutefois regrettable qu'en raison d'un manque d'anticipation du législateur, elle se transforme en véritable course contre le temps, peu propice, une nouvelle fois, à une réflexion profonde<sup>66</sup>. Les dispositions

---

<sup>62</sup> Pour une application récente, v. not., P. Deumier, Application de la jurisprudence dans le temps : retour vers le passé (à propos de Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 2009, deux arrêts), RTD Civ. 2009 p. 495 ; V. déjà, Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, RTD. civ. 2000. 666, obs. N. Molfessis ; D. 2000. 593, note C. Atias ; N. Molefessis, La portée des revirements de jurisprudence, RTD civ. 1998, p. 210 ; C. Radé, De la rétroactivité des revirements de jurisprudence, D. 2005, p. 988.

<sup>63</sup> Aux termes des trois décisions (y compris l'arrêt n° 10-82.306) , « les règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1<sup>er</sup> juillet 2011 ». L'annulation prononcée sans cassation, dans deux des trois décisions, atteste bien que la Cour de cassation ne conteste pas l'interprétation des juges du fond, ses décisions ne revêtent donc pas d'aspect disciplinaire, v. en ce sens, J. et L. Boré, La cassation en matière pénale, Dalloz Action, 2004, 2<sup>ème</sup> éd., n° 143-07.

<sup>64</sup> D'ailleurs, il est symptomatique de relever que dans la jurisprudence européenne, le droit à une bonne administration de la justice implique une interprétation non-restrictive de l'article 6, § 1, de la Convention, v. not., CEDH, 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, § 25 : Série A n° 11.

<sup>65</sup> Qu'il s'agisse de la difficulté pour l'avocat d'assister à de longs interrogatoires, sans une réflexion préalable sur le fonctionnement des permanences et sans une réforme, nécessaire, de l'aide juridictionnelle ou qu'il s'agisse encore de la nécessité, pour le parquet, de faire parvenir le dossier de la procédure dans les locaux de la police ou de la gendarmerie (garde à vue intervenant dans le cadre d'une instruction déjà ouverte, par exemple).

<sup>66</sup> Concernant l'inflation et la précipitation des lois pénales, v. not., C. Lazerges, La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents, Rev. sc. crim. 2009, p. 689. Pour une approche

relatives à la garde à vue vont être modifiées, insuffisamment si l'on s'en tient au projet actuel, et sans par ailleurs s'inscrire dans la logique d'une réforme d'ampleur de la procédure pénale : le débat est donc loin d'être clos.

Jean-François Dreuille  
Maître de conférences HDR de droit privé et sciences criminelles  
Faculté de Droit de l'Université Savoie Mont Blanc  
Laboratoire CDPPOC

---

comparative, v. not., Sénat, Etude de législation comparée n° 204, 31 déc. 2009 ; J. Jehl, Réforme de la garde à vue : quelques jalons en Europe, JCP 2010, 66 ; J. Buisson, Singularité de la législation française à la lumière des textes étrangers, Procédures, 2010, comm. 81 ; V. déjà, J. Hodgson, G. Rich, L'avocat et la garde à vue : expérience anglaise et réflexions sur la situation actuelle en France, Rev. sc. crim. 1995 p. 319 ; M. Bohlander, La défense de l'accusé en garde à vue ; la situation en Allemagne, Rev. sc. crim. 1994, p. 311. Pour une garde à vue européenne, v. C. Féral-Schuhl, Y. Martinet, La mise en œuvre d'une garde à vue européenne à court terme est une nécessité aussi bien morale que juridique », JCP 2010, 917. V. égal. R. Colson, S. Field, La fabrique des procédures pénales, Comparaison franco-anglaise des réformes de la justice répressive, Rev. sc. crim. 2010, p. 365 : ces auteurs soulignent la difficulté d'user des outils traditionnels du droit comparé, pour appréhender les réformes engagées en France et en Angleterre et au pays de Galles.